



# Gutachten zum Reformbedarf bei der Finanzierung der Kindertagesbetreuung

erstellt von Prof. Dr. Dr. h. c. Reinhard Wiesner

## Zusammenfassung / Thesen

1. Der Ausbau der Kindertagesbetreuung ist in Deutschland seit Jahren ein zentrales gesellschaftspolitisches Thema und erhält im Zusammenhang mit der Zuwanderung neue Relevanz. Er umfasst sowohl quantitative wie qualitative Aspekte. Einen zentralen Beitrag für die Bereitstellung eines bedarfsgerechten Angebots leisten freie Träger, die bundesweit über 60 % der Plätze anbieten.
2. Die Finanzierung der Kindertagesbetreuung ist in Deutschland von Anfang an durch landesrechtliche Entwicklungen geprägt. Trotz der bundesrechtlichen Entwicklung der Kindertagesbetreuung zu einer rechtsanspruchsgestützten Leistung unterscheiden sich die landesrechtlichen Finanzierungsformen hinsichtlich ihrer Struktur und den Anforderungen an freie Träger noch immer sehr weit voneinander. Dabei wird in den meisten Ländern von freien Trägern noch immer der Einsatz von Eigenanteilen gefordert.
3. In der sozialrechtlichen Fachliteratur gibt es einen breiten Konsens dahingehend, dass die Abwicklung von rechtsanspruchsgestützten Leistungen im Rahmen des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses erfolgt und damit die Träger der öffentlichen Jugendhilfe verpflichtet sind, die Kosten für die erbrachte Leistung zu übernehmen bzw. zu erstatten. Eine Förderungsfinanzierung, die den Einsatz von Eigenmitteln fordert, ist mit diesen Grundsätzen nicht vereinbar. Sie stellt zudem eine Hürde für das Engagement freier Träger dar, untergräbt die Gesamtverantwortung der öffentlichen Jugendhilfe für ein bedarfsgerechtes Angebot und engt das Wunsch und Wahlrecht der leistungsberechtigten Personen ein.
4. Zwar hat der Bund die unterschiedlichen Regelungen in den Ländern lange Zeit geduldet und dies mit der Einfügung von § 74a im Jahre 2005 rechtsförmlich zum Ausdruck gebracht. Diese Freigabe legitimiert die Länder aber nicht zur Abkehr von den Strukturprinzipien des SGB VIII.
5. Die aktuelle Diskussion auf der Bund – Länder – Ebene zur Weiterentwicklung der Qualität der Kindertagesbetreuung sowie die Ankündigung des Bundesfamilienministeriums, im Frühsommer 2016 den Referentenentwurf für eine Reform der Kinder und Jugendhilfe vorzulegen sollten für eine Neuregelung der Finanzierung der Kindertagesbetreuung auf Bundesebene genutzt werden.

## Übersicht

### **I. Der Ausbau der Kindertagesbetreuung als gesellschaftspolitisches Thema**

1. Die expansive Entwicklung und ihre Motive
2. Folgen für die Ausgabenentwicklung
3. Die unterschiedlichen Formen der Finanzierung der Kindertagesbetreuung in den Ländern
4. Gerichtliche Verfahren zur Durchsetzung des Rechtsanspruchs auf (frühkindliche) Förderung
5. Die Interessen der Leistungserbringer
6. Die Debatte zur Neuordnung der Finanzierung der Kindertagesbetreuung

### **II. Der Status Quo: Finanzierungsformen und rechtliche Grundlagen**

1. Die Bedeutung des Landesrechts für die Kindertagesbetreuung
2. Die Finanzierung von Tageseinrichtungen zwischen Objekt- und Subjektfinanzierung
  - a) Finanzierungsmodelle
  - b) Formen der Mischfinanzierung
  - c) Der Einfluss der Landesförderung
  - d) Die zweifelhafte Rolle der Bedarfsplanung
  - e) Auf dem Weg zur Subjektfinanzierung in den Ländern

### **III. Die Entgeltfinanzierung als systemgerechtes Finanzierungsmodell**

1. Fachpolitische Erwägungen
  - a) Am Kind anknüpfen
  - b) Qualität und Qualitätsentwicklung als Gegenstände der Vereinbarung
  - c) Leistungsgerechte Entgelte
2. Leistungsabwicklung und Finanzierung von Rechtsansprüchen
  - a) Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis
  - b) Finanzierung im sozialrechtlichen Dreieck
  - c) Exkurs: Die Tradition der Entgeltfinanzierung im stationären Bereich
3. Konsequenzen aus der Ausgestaltung der Kindertagesbetreuung als Rechtsanspruch

#### **IV. § 74 a SGB VIII als Freibrief für die Länder?**

1. Bedeutung der Vorschrift
2. Die fortbestehende Bindung an die Strukturprinzipien des SGB VIII

#### **V. Rechtliche Lösungsmöglichkeiten**

1. Änderung der Rechtsgrundlagen im Bundesrecht (SGB VIII)
  - a) Regelungsalternativen und maßgebliche Aspekte
  - b) Gesetzgebungskompetenz des Bundes
  - c) Verwirklichungschancen
2. Änderung der landesrechtlichen Regelungen
3. Klage vor den Verwaltungsgerichten im Hinblick auf die Forderung von Eigenanteilen

# I. Der Ausbau der Kindertagesbetreuung als gesellschaftspolitisches Thema

## 1. Die expansive Entwicklung und ihre Motive

Betreuung, Bildung und Erziehung in den ersten sechs Lebensjahren als Leistung der Kinder- und Jugendhilfe wurden in den letzten 25 Jahren und insbesondere im letzten Jahrzehnt zu einem zentralen gesellschaftspolitischen Thema, was sich nicht zuletzt **an der gesetzlichen Entwicklung** auf der Bundesebene zeigt (14. Kinder- und Jugendbericht Bundestags-Drucksache 18/ 12200 S. 261):

- In den 1990er-Jahren wurde zunächst ein Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz ab dem vollendeten dritten Lebensjahr – ab 1. Januar 1996 bzw. vollständig dann zum 1. Januar 1999 – eingeführt;
- von 2005 bis 2013 bestand auf der Basis des Tagesbetreuungsausbaugesetzes eine objektiv-rechtliche Verpflichtung der örtlichen Träger der Jugendhilfe auf Förderung von Kindern unter drei Jahren für konkret benannte Bedarfsgruppen;
- seit dem 1. August 2013 haben Kinder ab dem vollendeten ersten Lebensjahr auf der Basis des 2008 beschlossenen Kinderförderungsgesetzes einen Rechtsanspruch auf ein Bildungs-, Betreuungs- und Erziehungsangebot in einer Kindertageseinrichtung oder in Kindertagespflege.

Die Kindertagesbetreuung hat sich damit in den letzten Jahren stark verändert, eine **Dynamik**, die auch in den nächsten Jahren anhalten wird:

- Das Betreuungsangebot für Kinder unter drei Jahren wurde und wird weiter ausgebaut.
- Die Betreuungsumfänge nehmen zu; ganztägige und flexibel auch Randzeiten des Tages abdeckende Betreuungsmodelle im Kindergartenalter werden stärker nachgefragt.
- In nahezu allen Bundesländern wurden Bildungspläne für Tageseinrichtungen sowie Sprachstandserhebungen und Sprachförderprogramme eingeführt.
- Die Kindertagespflege wurde mit Blick auf die Betreuung der unter Dreijährigen gesetzlich gerahmt und ebenfalls ausgebaut; sie lässt nach und nach ihre nachbarschaftlich-ehrenamtliche Herkunft hinter sich und bewegt sich immer deutlicher in Richtung auf eine existenzsichernde berufliche Tätigkeit der Tagespflegepersonen.
- Kindertageseinrichtungen kooperieren inzwischen häufiger mit den Grundschulen in ihrer Umgebung, wenngleich noch nicht von einer systematischen Zusammenarbeit gesprochen werden kann.
- In vielen Bundesländern entwickeln sich Kindertageseinrichtungen weiter zu Familienzentren bzw. Eltern-Kind-Zentren, sie werden zu einem „integrierten Dienstleister“ für die Familie und verbinden Kindertagesbetreuung mit Familienbildungsangeboten und Treffmöglichkeiten.

Dieser expansiven Entwicklung liegen **verschiedene Motive** zugrunde:

- dem Wunsch, beruflich gut ausgebildeten Müttern ebenfalls wie den Vätern eine Erwerbstätigkeit trotz Elternschaft zu ermöglichen und zugleich beruflichen Dequalifizierungsprozessen

- entgegenzuwirken („verbesserte Vereinbarkeit Familie und Beruf“),
- dem bevölkerungspolitischen Motiv, mit attraktiveren Betreuungsbedingungen jungen Paaren die Entscheidung für Kinder zu erleichtern und letztlich die Geburtenrate zu erhöhen,
  - den frühpädagogischen, entwicklungspsychologischen und bildungsökonomischen Erwägungen, die nach Auffassung der Hirnforschung „lernfähigste“ Lebenszeit nicht ungenutzt verstreichen zu lassen, sondern Kleinkinder „von Anfang an“ zu bilden und ihnen soziale Lernerfahrungen in der Gleichaltrigengruppe zu eröffnen, sowie
  - den sozial- und integrationspolitischen Zielen, Kleinkinder aus sozial benachteiligten, bildungsfernen Milieus früh – vor allem auch sprachlich – zu fördern, um ihre soziale Integration zu verbessern, ihre Teilhabechancen zu erhöhen, Armutskreisläufe zu durchbrechen und sie auf schulische Prozesse besser vorzubereiten.

Zur bisherigen Ausbaudynamik kommt nun auch der **Mehrbedarf** auf Grund der **Zuwanderung**. So wird Schätzungen der Bundesregierung zufolge der Bedarf an Kitaplätzen in Deutschland aufgrund der Zuwanderung erheblich steigen. Bei 800 000 in diesem Jahre eingetroffenen Flüchtlingen ist mit einem Zusatzbedarf von 70 000 Betreuungsplätzen für ihre Kinder zu rechnen. Dies bedeutet überschlägig einen zusätzlichen Personalbedarf von ca. 9.000 Vollzeitstellen (SZ v. 3.12.2015 unter Verweis auf die Antwort des Bundesministers des Innern auf eine Anfrage des Abg. Singhammer). Die Höhe der Steigerungsraten in den Folgejahren ist abhängig von der Entwicklung der Zuwanderung bzw. der künftigen Flüchtlingspolitik.

Im Hinblick auf die **Verpflichtung der Träger der öffentlichen Jugendhilfe zur Gewährleistung eines pluralen Angebots** (§ 79 SGB VIII) kommt dem Engagement freier Träger beim Ausbau eines qualifizierten Angebots der Kindertagesbetreuung eine hohe gesellschaftspolitische Bedeutung zu. Die zeigt sich schon an dem aktuellen Platzangebot. So werden von den insgesamt 3 687 855 genehmigten Plätzen

- 1 357 646 Plätze von der öffentlichen Jugendhilfe, aber
- 2 330 209 Plätze von Trägern der freien Jugendhilfe

vorgehalten (Stat. Bundesamt, Kinder und tätige Personen in Tageseinrichtungen und öffentlich geförderter Kindertagespflege am 1.3.2015, Wiesbaden 2015 S. 11 und 12).

## 2. Folgen für die Ausgabenentwicklung

Die Verbesserung der Rechtsgrundlagen hat zu der beabsichtigten höheren Inanspruchnahme und damit zu einer erheblichen Steigerung der Kosten geführt. So sind die Ausgaben für die Kindertagesbetreuung insgesamt bundesweit von 8,5 Mrd Euro (1992) auf 23,0 Mrd Euro (2013) gestiegen, davon in den westlichen Bundesländern von 5,2 auf 18,5 Mrd Euro (Stat. Bundesamt)

Circa **70 Prozent der Haushaltsmittel** für die Kinder- und Jugendhilfe werden – wie die Kommission zum 14. Kinder- und Jugendbericht feststellt – **von kommunaler Seite** bereitgestellt.

Die Ausgabenentwicklung in der Kinder- und Jugendhilfe beruht im Wesentlichen auf:

- Leistungsausweitungen, insbesondere im Bereich der Tagesbetreuung für Kinder,
- Qualitätsausweitungen, etwa im Bereich der Tagesbetreuung für Kinder (entsprechend den Vorgaben der Ländergesetze) und der Hilfen zur Erziehung
- Bedarfsausweitungen aufgrund prekärer Lebenslagen, etwa im Bereich der Hilfen zur Erziehung, der Inobhutnahmen, der Frühen Hilfen und des Kinderschutzes, sowie auf

Diese Entwicklungen werden sich – wie die Kommission des 14. Kinder- und Jugendberichts betont – fortsetzen, da der Ausbau der Tagesbetreuung sowohl mit Blick auf Kinder ab dem vollendeten ersten Lebensjahr als auch mit Blick auf Ganztagesangebote für die über drei Jahre alten Kinder politisch gewollt ist und sich noch eine Reihe von Jahren fortsetzen wird (Bundestagsdrucksache 17/12200 S. 381). Dabei hatte die Sachverständigenkommission noch gar nicht die neuen Herausforderung aufgrund der Entwicklung der Flüchtlingszahlen im Blick.

In den kommunalen Gebietskörperschaften ist **die Kinder- und Jugendhilfe zu einem rasant wachsenden Kostenfaktor** geworden: Inzwischen entfallen darauf etwa 14 Prozent der Gesamtausgaben der kommunalen Gebietskörperschaften; vor zwanzig Jahren lag diese Quote noch bei etwa neun Prozent.

Die Kostenentwicklung hat – insbesondere wegen der angespannten Situation vieler kommunaler Haushalte – vielerorts zu **Tendenzen der Überforderung** geführt. Dabei zeigt sich, dass gerade ärmere Kommunen mehrfach belastet sind. Ihnen fehlt – etwa wegen der Prozesse der Deindustrialisierung und damit einhergehender hoher struktureller Arbeitslosigkeit – die ökonomische Grundlage für eine gestaltende Sozialpolitik; Kommunen mit Nothaushalten oder in der Haushaltssicherung sind mit ihren maximalen Sparzwängen Extrembeispiele hierfür. In solchen Kommunen sind – wie die Kommission zum 14. Kinder- und Jugendbericht herausstellt – individuelle Risiken für Kinder und Jugendliche jedoch besonders verbreitet, worauf die Kinder- und Jugendhilfe eigentlich mit höherem Engagement reagieren müsste. Doch paradoxerweise ist genau das schwierig bis unmöglich: Dort, wo Hilfe für Kinder- und Jugendliche in Risikolagen besonders wichtig wäre, ist sie wegen der Finanznot dieser Kommunen besonders schwer zu finanzieren (Bundestagsdrucksache 17/12200 S. 48).

Nach der Finanzverfassung des Grundgesetzes folgt die Finanzierungslast der Aufgabenzuweisung (Art 104a GG). Diese liegt zunächst bei den Ländern. Mit der **Zuweisung der Aufgaben** der Kinder- und Jugendhilfe **zu den kommunalen Gebietskörperschaften** als (örtlichen)Trägern der Jugendhilfe seitens der Länder wird die Finanzierungslast dorthin verschoben. Der mit der Aufgabenzuweisung verbundenen **Pflicht der Länder zum Ausgleich der Mehrbelastungen** (Konnexität) wird nach den jeweiligen kommunalverfassungsrechtlichen Regelungen auf unterschiedliche Weise Rechnung getragen. In mehreren Ländern haben inzwischen die dortigen Verfassungsgerichtshöfe den Anwendungsbereich des Konnexitätsprinzips (einschränkend) interpretiert. So gewähren die Konnexitätsbestimmungen des Art. 49 Abs. 5 LV den Kommunen in Rheinland-Pfalz nur dann einen Anspruch auf Regelung der Kostendeckung und Schaffung eines Mehrbelastungsausgleichs, wenn das Land die Kosten verursacht hat. Mehrbelastungen infolge leistungsrechtlicher Änderungen, wie sie der Bund in den vergangenen Jahren im Bereich der Kindertagesbetreuung mehrfach vorgenommen hat, lösen damit keine Pflicht zum Ausgleich der Mehrbelastungskosten



aus, sondern können nur im Rahmen der allgemeinen Finanzgarantie (hier nach Art. 49 Abs. 6 der Landesverfassung von Rheinland-Pfalz) Berücksichtigung finden (VerfGH Rheinland-Pfalz, Beschl. v.30.10.2015 - VGH N 65/14).

Eine zweckgebundene **Mitfinanzierung des Bundes** kommt nach der gegenwärtigen Finanzverfassung (Art. 104a und b GG) außerhalb von Finanzhilfen im investiven Bereich nur im Rahmen von Modellprojekten in Betracht. Damit bleibt die Finanzierungslast vor allem bei den Kommunen.

Die kommunalen Gebietskörperschaften werden jedoch die künftigen Aufgaben im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe – insbesondere im Bereich der Tagesbetreuung für Kinder – nicht ohne eine **stärkere Landes- und Bundesbeteiligung** schultern können. So plant das Land **Nordrhein-Westfalen**, den Ausbau der Kindertageseinrichtungen in den kommenden drei Jahren mit zusätzlich 430 Millionen weiter massiv voran zu bringen und die Finanzsituation der Kitas zu verbessern. Die Gelder sind lediglich als „überbrückende Hilfe“ gedacht. Die Regierungskoalition und die Kommunalen Spitzenverbände in Nordrhein-Westfalen haben sich verständigt, unverzüglich „Gespräche für ein **grundlegendes neues Gesetz und dessen Finanzierungsstruktur**“ aufzunehmen. (Pressemitteilung der Familienministerin Christina Kampmann am 7.12.2015).

### 3. Die unterschiedlichen Formen der Finanzierung der Kindertagesbetreuung in den Ländern

Hinsichtlich der Finanzierungsstrukturen zeigt sich in den Ländern im Hinblick auf die Tagesbetreuung für Kinder ein buntscheckiges war Bild. Während das SGB VIII – Kinder und Jugendhilfe – hinsichtlich der Finanzierungstechnik grundsätzlich **zwei Finanzierungswege** kennt, nämlich:

- die Zuwendungsfinanzierung nach § 74 SGB VIII und
- die Entgeltfinanzierung nach den § 77, §§78a ff. SGB VIII.

erfolgt die Finanzierung der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen in den Ländern sowohl in beiden Finanzierungsformen, aber zum Teil unter unterschiedlichen Voraussetzungen. Darüber hinaus kommen auch Modelle zum Einsatz, die eine **Mischung aus beiden Systemen** darstellen.

Zudem gibt es unterschiedliche Finanzierungsquellen, nämlich

- die Kreise, kreisfreien Städte und Gemeinden mit eigenem Jugendamt als örtliche Träger
- die Gemeinden ohne eigenes Jugendamt
- die Länder.

Zu den landesspezifisch sehr unterschiedlichen Finanzierungsmodellen siehe die Länderübersicht Kita: FINANZIERUNGSREGELUNGEN auf der Website des Ministeriums für Bildung, Jugend und Sport des Landes Brandenburg [www.mbj.s.brandenburg.de/sixcms/media](http://www.mbj.s.brandenburg.de/sixcms/media), die als Anlage beigefügt ist, sowie Degener/Happe in: Jans u.a. § 74a Rn 4 ff.; Wabnitz in: Gemeinschaftskommentar SGB VIII § 74a Rn 7 ff.



#### 4. Gerichtliche Verfahren zur Durchsetzung des Rechtsanspruchs auf (frühkindliche) Förderung

In den vergangenen Jahren konnten die Träger der öffentlichen Jugendhilfe, denen die **Gesamtverantwortung** für die Bereitstellung des Angebots obliegt (§ 79 SGB VIII), angesichts der wachsenden Inanspruchnahme auf Grund der Erweiterung der Rechtsansprüche – insbesondere im Bereich U3 - nur mit Mühe ihre Bereitstellungsverpflichtung erfüllen. Zwar ist die befürchtete Klagewelle ausgeblieben (siehe dazu i.E. Wiesner/ Köbler ).

Engpässe gab es vor allem dort, wo die Rahmenbedingungen für das Engagement freier Träger schlecht waren. So lag mit insgesamt 131 Klageverfahren im Berichtszeitraum (90 Klagen, 41 Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz) das **Verwaltungsgericht Köln** im Hinblick auf die Zahl gerichtlicher Verfahren in Deutschland weit an der Spitze. In großem Abstand folgen die Verwaltungsgerichte Düsseldorf und München mit jeweils 20 Verfahren. Den Anlass für die Klagen in Köln lieferte eine kommunalpolitische Entscheidung vor dem Hintergrund der landesrechtlichen Regelung der Finanzierung im Rahmen des Kinderbildungsgesetzes (Kibiz NRW). Dieses Gesetz sieht für die Träger der Einrichtungen Eigenanteile zwischen 12 % (kirchliche Trägerschaft), 9 % (andere freie Trägerschaft) und 4 % (Elterninitiativen) vor. Um die Träger der freien Jugendhilfe zu motivieren, zusätzliche Plätze zu schaffen, damit der Rechtsanspruch zum 01.08.2013 erfüllt werden konnte, haben verschiedene Kommunen in NRW die **Eigenanteile freier Träger** ganz oder teilweise übernommen. Die Stadt Köln hatte aber davon Abstand genommen, was dazu geführt hat, dass von den in der Liga der Freien Wohlfahrtspflege zusammen geschlossenen Wohlfahrtsverbänden in Köln zwar einzelne Plätze in vorhandenen Einrichtungen, aber **keine neuen Einrichtungen** geschaffen worden sind. In dieser Situation sind auswärtige privat gewerbliche Träger tätig geworden und haben zusätzliche Plätze geschaffen, haben dabei aber von den Eltern weitere bzw. höhere Kostenbeiträge verlangt. Angesichts der steigenden Zahl von gerichtlichen Verfahren hat die Stadt Köln am 1. November 2013 die Notbremse gezogen und den Differenzbetrag erstattet. Diese Entscheidung hat wesentlich dazu beigetragen, dass eine große Zahl der Klagen und eine noch höhere Zahl von Eilverfahren einvernehmlich beendet worden ist.

Ob Eltern die Kosten für einen selbstbeschafften Kinder Betreuungsplatz sondern ständigen Kommunen erstattet erhalten können, ist im SGB VIII nicht explizit geregelt. In einer Grundsatzentscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht den **Anspruch auf Aufwendungsersatz für selbstbeschaffte Leistungen** bei sog. Systemversagen im Bereich der Kindertagesbetreuung aus einer analogen Anwendung von § 36a SGB VIII hergeleitet (BVerwG v. 12.9.2013 - BVerwG 5 C 35.12). Zwar war Prüfungsgegenstand noch nicht der Rechtsanspruch auf frühkindliche Förderung nach § 24 Abs.2 SGB VIII, der erst am 1.9.2013 in Kraft getreten ist, sondern der zum damaligen Zeitpunkt bereits vom vollendeten zweiten Lebensjahr an bestehende Anspruch auf Erziehung, Bildung und Betreuung im Kindergarten nach dem Landesrecht in Rheinland-Pfalz. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur analogen Anwendung von § 36a SGB VIII ist aber nach dem Inkrafttreten der Neufassung von § 24 SGB VIII im Rahmen des Kinderförderungsgesetzes zum 1. August 2013 grundsätzlich auch auf den Rechtsanspruch auf frühkindliche Förderung anwendbar.

Für Aufsehen sorgte ein vor den Zivilgerichten geführtes **Verfahren auf Ersatz des Schadens durch Verdienstaussfall**. Wegen fehlender Kita-Plätze in Leipzig konnten Mütter nicht wie geplant wieder arbeiten gehen. Während das Landgericht Leipzig die Stadt zur Zahlung verurteilt hatte (Az.: 1 U

319/15, 1 U 320/15, 1 U 321/15), lehnte das Oberlandesgericht Dresden in zweiter Instanz den Anspruch ab. Zwar habe die Stadt ihre Amtspflicht zur Bereitstellung von Kita-Plätzen verletzt. Aber nicht die Eltern und ihr Wunsch nach Berufstätigkeit seien vom Gesetz geschützt, sondern die Kinder und ihr Anspruch auf frühkindliche Förderung. Die bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf sei lediglich die Folge des Kita-Ausbaus. Deshalb müssten nur Schäden ausgeglichen werden, die dem Kind wegen Verstoßes gegen diesen Anspruch zustünde (OLG Dresden, Urt. v. 26.8.2015 – 1 U 319/15, ZKJ 2015, 479). Die letzte Entscheidung liegt nun beim Bundesgerichtshof.

## 5. Die Interessen der Leistungserbringer

Die Träger der freien Jugendhilfe als Leistungserbringer stellen nicht nur – wie eingangs gezeigt – den überwiegenden Anteil der Plätze in der Kindertagesbetreuung zu Verfügung. Sie haben auch ein großes Interesse daran, sich künftig bei der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen zu engagieren und damit einen wesentlichen Beitrag dazu zu leisten, dass möglichst jedes Kind eine bedarfsgerechte Förderung erfährt und damit sein Recht auf Chancengleichheit verwirklicht wird. Ohne ihren Einsatz könnte das Wunsch- und Wahlrecht als eines der Strukturprinzipien der Kinder und Jugendhilfe in Deutschland (§ 5 SGB VIII) nicht realisiert werden.

Ein Schwerpunkt liegt nach dem quantitativen Ausbau der Kindertagesbetreuung in der Qualität der Förderung der Kinder (siehe dazu aktuell das fünfte Berliner Plenum Frühpädagogik am 30. November 2015).

Die Träger der freien Jugendhilfe sehen sich jedoch an der Realisierung dieser Zielsetzung auf verschiedene Weise gehindert.

Zunächst ist zu konstatieren, dass die verschiedenen landesrechtlichen Regelungen nicht nur zum Teil erheblich voneinander abweichen, sondern zunehmend komplexer werden. Dies betrifft vor allem die Kriterien für die Spezifizierung der einzelnen Kindpauschalen. Träger der freien Jugendhilfe, die überregional engagiert sind, haben deshalb einen unverhältnismäßig hohen Verwaltungsaufwand, um den verschiedenen landesspezifischen Anforderungen Rechnung tragen zu können.

Unverhältnismäßig hoch ist die Belastung dabei bei der Anwendung und Umsetzung der Objektfinanzierung und den Mischmodellen, wie sie bis heute in den meisten Bundesländern Anwendung finden.

Dies beginnt bereits bei der Forderung von „angemessenen Eigenleistungen“ als Voraussetzung für die Förderung. Diese sind in einzelnen Bundesländern unterschiedlich hoch und werden nach Trägergruppen differenziert. Hinzukommt dass der Begriff der „angemessenen Eigenleistung“ auch unterschiedlich ausgelegt wird (siehe dazu Forkel, ZKJ 2010,5 und ZKJ 2010,308).

Besondere Probleme verursacht die Objektfinanzierung bei der **Betreuung "gemeindefremder Kinder"**. Diese Frage stellt sich angesichts der Herausforderung, Erwerbstätigkeit und Familie miteinander vereinbaren zu können, zunehmend, wenn Eltern einen Betreuungsplatz in der Nähe ihres Arbeitsplatzes suchen oder eine Einrichtung mit einem spezifischen pädagogischen Konzept

wählen wollen. Den damit verbundenen Anforderungen werden die Modelle der Objektfinanzierung und Mischmodelle meistens nicht oder nur unzureichend gerecht, weil der Träger der Einrichtung im Einzelfall weder einen rechtlich gesicherten Förderanspruch gegen die Standortgemeinde noch einen annähernd gleichhohen Förderanspruch gegen die Wohnsitzgemeinde hat (siehe dazu Bundesverwaltungsgerichts vom 21.1.2010 – 5C N1/09 im Hinblick auf das Landesrecht in Baden-Württemberg).

## 6. Die Debatte zur Neuordnung der Finanzierung der Kindertagesbetreuung

Schon seit längerer Zeit wird auf der fachpolitischen Ebene über eine Neuordnung der Finanzierung der Kindertagesbetreuung diskutiert. Ausgelöst wurde die Debatte mit der Forderung nach der Einführung von Betreuungsgutscheinen (Kreyenfeld/Spieß/Wagner, 2001; Betz/Diller/Rauschenbach 2010), nachdem in mehreren Rechtsgutachten bereits in den Vorjahren die gängige Praxis der Förderfinanzierung mit Eigenanteilen der Leistungsanbieter als unvereinbar mit der Ausgestaltung von Leistungen als Rechtsansprüchen angesehen worden ist (Näheres dazu unter III).

Durch mehrere Schritte des Gesetzgebers ist der Zugang zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in Tagespflege inzwischen weitestgehend als subjektives Recht (Rechtsanspruch) des Kindes ausgestaltet. Zwar haben inzwischen die Länder ihre Finanzierungsregelungen weiter entwickelt, aber "unter dem Dach von § 74 a SGB VIII" nur vereinzelt auf die Entgeltfinanzierung umgestellt, so dass in den meisten Bundesländern noch immer Eigenanteile der Freien Träger gefordert werden.

Nachfolgend soll nun aufgezeigt werden, dass diese Praxis, von den Trägern der freien Jugendhilfe Eigenanteile zu verlangen, trotz des Landerechtsvorbehalts in § 74 a SGB VIII mit den Strukturprinzipien des Achten Buches Sozialgesetzbuch – Kinder und Jugendhilfe (SGB VIII) nicht vereinbar ist.

## II. Der Status quo: Die Finanzierungsformen und ihre rechtlichen Grundlagen

### 1. Die Bedeutung des Landesrechts für die Kindertagesbetreuung

Im Unterschied zu den anderen Leistungsbereichen der Kinder- und Jugendhilfe ist der Bereich der Kindertagesbetreuung von Anfang an stark durch landesrechtliche Regelungen geprägt, die nicht nur den Zugang zu den Einrichtungen und Diensten der Kindertagesbetreuung näher bestimmen, sondern auch die Finanzierung – und dabei die Beteiligung des Landes – näher regeln. Dazu haben alle Länder neben den allgemeinen Ausführungsgesetzen zum SGB VIII eigene Kindertagesstätten-bzw. Kinderfördergesetze erlassen. Die dort geregelten, landesspezifischen Finanzierungsformen sind vom Bund zunächst lange Zeit „geduldet“ und schließlich durch § 74a SGB VIII, der im Rahmen des Tagesbetreuungsausbaugesetzes mit Wirkung vom 1.1.2005 eingefügt worden ist, sogar ausdrücklich zugelassen worden (Näheres dazu unter IV). So ist es nicht verwunderlich, dass (bis heute) hinsichtlich der Finanzierung der Kindertageseinrichtungen in Deutschland eine Vielzahl von Finanzierungsmodellen existiert bzw. immer weiter ausdifferenziert worden ist.

### 2. Die Finanzierung von Tageseinrichtungen zwischen Objekt- und Subjektfinanzierung

#### a) Finanzierungsmodelle

Wie oben unter I.3 bereits ausgeführt kommen zur Finanzierung der Kindertagesstätten sowohl das Modell der Objektfinanzierung als auch das der Subjektfinanzierung zum Einsatz.

**Objektfinanzierung** bedeutet, dass die **Einrichtung** als solche (Errichtung, Betriebskosten usw.) finanziert wird. **Subjektfinanzierung** bedeutet, dass die Finanzierung an den **Personen**, bei den Kindertageseinrichtungen also an den Kindern als Inhabern des Rechtsanspruchs, anknüpft.

Historisch war im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe – außerhalb der Heimerziehung – die Objektfinanzierung vorherrschend, sie ist auch gegenwärtig noch von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Begleitet war und ist die Finanzierung im Bereich der Kindertagesstätten von weiteren landesrechtlichen Vorgaben wie zum Beispiel Planungsentscheidungen oder der Aufnahme von Einrichtungen in Bedarfspläne usw. (Dazu siehe die Ausführungen unter II 2 d).

Für die Zuwendungs-/ Objektfinanzierung sieht das Bundesrecht in § 74 Abs. 1 SGB VIII folgende Voraussetzungen vor:

„(1) Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe sollen die freiwillige Tätigkeit auf dem Gebiet der Jugendhilfe anregen; sie sollen sie fördern, wenn der jeweilige Träger

1. die fachlichen Voraussetzungen für die geplante Maßnahme erfüllt und die Beachtung der Grundsätze und Maßstäbe der Qualitätsentwicklung und Qualitätssicherung nach § 79a gewährleistet,
2. die Gewähr für eine zweckentsprechende und wirtschaftliche Verwendung der Mittel bietet,
3. gemeinnützige Ziele verfolgt,
4. eine angemessene Eigenleistung erbringt und
5. die Gewähr für eine den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit bietet.

Eine auf Dauer angelegte Förderung setzt in der Regel die Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe nach § 75 voraus.“

Bis zur Einführung von § 74a SGB VIII (siehe unten IV) war die Objektfinanzierung somit auf **privat-gemeinnützige Träger beschränkt**. Vor allem aber setzt die Förderung nach § 74 SGB VIII wegen ihrer subsidiären Funktion eine „**angemessene Eigenleistung**“ voraus (§ 74 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 SGB VIII). An dieser Voraussetzung haben auch nach der Freigabe der Finanzierungsmodalitäten durch den Bund alle Länder festgehalten, soweit sie Modelle der Objektfinanzierung oder Mischmodelle praktizieren.

Neben der Zuwendungsfinanzierung nach § 74 SGB VIII kennt das Bundesrecht **die Subjekt- bzw. Entgelt- oder Pflegesatzfinanzierung**, wie sie in allgemeiner Form in § 77 SGB VIII (Pflicht zur Hinwirkung auf den Abschluss von Vereinbarungen) und mit detaillierteren Vorgaben – seit 1999 – in den §§ 78 a bis g SGB VIII (Vereinbarungen über Leistungsangebote, Entgelte und Qualitätsentwicklung) zum Ausdruck kommt.

## **b) Formen der Mischfinanzierung**

In vielen Bundesländern kommen Formen der Mischfinanzierung zum Einsatz, also eine Kombination von Zuwendungsfinanzierung und Entgeltfinanzierung. Dies hat für die Haushalte von Ländern und Kommunen den Vorteil, dass im Rahmen einer Zuwendungsfinanzierung entsprechend § 74 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SGB VIII von den Trägern der Einrichtungen entsprechende Eigenanteile verlangt werden können. Die anteilige Finanzierung über die Entgeltfinanzierung (im Rahmen dieser Mischfinanzierung) hat den Vorteil, dass hier nicht die Einrichtung als solche (im ungünstigsten Fall unabhängig von der Belegung) finanziert wird, sondern eine Finanzierung anknüpfend am Kind nur stattfindet, wenn die Einrichtung tatsächlich von Kindern im Einzelfall in Anspruch genommen wird. Die Praxis der Mischfinanzierung ist im Bereich der Kindertagesbetreuung auch darauf zurückzuführen, dass die Inanspruchnahme dieser Leistung lange Zeit nicht auf der Grundlage subjektiver Rechte erfolgte und damit eine Finanzierung über den Zuwendungsweg rechtlich möglich war.

## **c) Der Einfluss der Landesförderung**

Steuernde Wirkung kommt der Art und dem Umfang der Landesförderung zu. Sie ist in den Ländern unabhängig davon vorgesehen, welches Finanzierungsmodell (Objektfinanzierung, Subjektfinanzierung, Mischmodell) zur Anwendung kommt.

In der Regel erfolgt die Landesförderung im Innenverhältnis zwischen Land und Kommune, in einzelnen Ländern aber auch im Außenverhältnis zwischen Land und dem Träger der Einrichtung.

So müssen etwa in Hessen die Träger von Einrichtungen Anträge auf Landesförderung (Grundpauschale und ggf. spezielle Pauschalen) beim Regierungspräsidium Kassel stellen (Hessisches Sozialministerium Erläuterungen zur Landesförderung der Kindertagesbetreuung – Stand: 20. Dezember 2013).

#### **d) Die zweifelhafte Rolle der Bedarfsplanung**

Die Art und Höhe der finanziellen Förderung hängt in den Ländern zum Teil von der Aufnahme in die Bedarfsplanung ab. Das Bundesverwaltungsgericht nimmt an, dass grundsätzlich die Anknüpfung an eine Bedarfsplanung ein geeignetes Merkmal bildet, um eine unterschiedliche Art oder Höhe einer jugendhilferechtlichen Förderung zu rechtfertigen (BVerwG v. 17.7.2009 - 5 C 25.08). Das Merkmal der Aufnahme in eine Bedarfsplanung kann eine Unterscheidung aber nur dann rechtfertigen, wenn die jeweils erhebliche Bedarfsplanung dem **jugendhilferechtlichen Pluralitätsgebot sowie der qualitativen Nachfrage** durch die leistungsberechtigten Personen entspricht (§ 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 SGB VIII) und gewährleistet ist, dass auch Einrichtungen mit einem fachlich – pädagogischen Angebot, das über den jeweiligen Planungsbereich der Gemeinden nachgefragt wird, tatsächlich eine gleichberechtigte Förderung erhalten. Die bloße Möglichkeit der Aufnahme in die Bedarfsplanung der Standortgemeinde auch in Bezug auf solche Plätze, für die der Bedarf nicht dort sondern in einer anderen Gemeinde besteht, ersetzt nicht die für den Einrichtungsbetrieb erforderliche, auch tatsächlich hinreichend gesicherte und im Voraus planbare Förderung (Sieben VBIBW 2011, 223).

Deshalb begegnet eine **Beschränkung des Wunsch- und Wahlrechts nach § 5 SGB VIII** auf solche Einrichtungen, die in die örtliche Jugendhilfeplanung aufgenommen sind (so OVG NRW: 12 A 55/13) rechtlichen Bedenken. Diese Rechtsposition, wonach das Wunsch- und Wahlrecht auf vorhandene Einrichtungen und Angebote begrenzt ist, ist mit dem klaren Wortlaut des § 24 SGB VIII und des § 5 Abs. 1 SGB VIII nicht vereinbar. § 24 SGB VIII formuliert in den Abs. 1 bis 3 einen unbedingten Rechtsanspruch, der durch die Finanzierungssystematik nicht eingeschränkt werden kann. Auch das Wunsch- und Wahlrecht nach § 5 Abs. 1 SGB VIII kennt entsprechende Einschränkungen nicht. § 5 Abs. 1 SGB VIII vermittelt (allen) leistungsberechtigten Personen ein Wahlrecht. Dazu zählen auch Kinder als leistungsberechtigte Personen im Hinblick auf § 24 SGB VIII (Gerlach/ Hinrichs, Sozialrecht aktuell 2013, 234, 237 m.w.N.).

#### **e) Auf dem Weg zur Subjektfinanzierung: Entwicklungen in den Ländern**

Seit einigen Jahren – in einer gewissen Parallelität zum Ausbau von Rechtsansprüchen auf der Bundesebene – ist in den Ländern eine behutsame Entwicklung hin zur **Subjektfinanzierung** erkennbar. Am deutlichsten ist dies dort, wo die Finanzierung entsprechend der Entgeltfinanzierung nach §§ 78a ff. SGB VIII abgewickelt wird (so in Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern und in Sachsen-Anhalt).

Die Grundlage für die Finanzierung bilden dort

- der Landesrahmenvertrag über die Leistungsarten nach § 16 KibeG, die Qualitätsentwicklung nach § 17 KibeG und die Grundsätze der Leistungsentgeltberechnung nach § 18 Absatz 1 KibeG (**Hamburg**)

- der Landesrahmenvertrag über den Inhalt der Vereinbarungen zwischen den Verbänden der Träger der freien Jugendhilfe und den Vereinigungen sonstiger Leistungserbringer nach § 16 KiföG (**Mecklenburg-Vorpommern**).
- der Rahmenvertrag nach § 11 a Abs.5 KiföG zwischen dem Städte- und Gemeindebund Sachsen-Anhalt sowie dem Landkreistag Sachsen-Anhalt und den Verbänden der Träger der freien Jugendhilfe und den Vereinigungen sonstiger Leistungserbringer (**Sachsen-Anhalt**).

Durch die ausdrückliche Bezugnahme auf die Systematik der §§ 78a ff SGB VIII im Landesrecht von Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen-Anhalt wird die Vereinbarung "**leistungsgerechter Entgelte**" im Sinn des § 78 c Abs. 2 Satz 1 SGB VIII sichergestellt. Das Landesrecht von Mecklenburg-Vorpommern enthält darüber hinaus eine spezielle Regelung zur Eigenbeteiligung freier Träger. So wird dort ausdrücklich geregelt, dass sich die Träger von Kindertageseinrichtungen durch nicht refinanzierbare Eigenanteile an den Kosten ihrer Einrichtungen beteiligen können. Soweit es sich um zusätzliche Angebote handelt, sollen die Träger von Kindertageseinrichtungen einen angemessenen Beitrag leisten (§ 17 Abs.2 KiföG M-V).

Vom Grundsatz her – aber ohne Bezugnahme auf die §§ 78a ff SGB VIII – kommt auch in **Berlin** die Entgeltfinanzierung zum Einsatz: Grundlage ist § 23 KitaFöG i.V. mit der Rahmenvereinbarung über die Finanzierung und Leistungssicherstellung der Tageseinrichtungen (Rahmenvereinbarung – RV Tag – Lesefassung 5.3.2014). Dabei werden die Betriebskosten durch eine Kostenerstattung des Landes Berlin, angemessene Eigenleistungen des Trägers und eine Kostenbeteiligung der Eltern gedeckt. Als Eigenleistung des Trägers gelten auch die Elternmitarbeit und die ehrenamtliche Tätigkeit sowie die Bereitstellung von Räumen (§ 23 Abs.2 KitaFöG). Der Eigenanteil beträgt in Berlin zurzeit 7% der Gesamtkosten (§ 4 Abs. 2 RVO Tag). In § 9 Abs. 6 der RVO Tag ist vereinbart, dass im Rahmen des Prozesses zur Ausgestaltung des Systems der Kita-Finanzierung bis 2016 „auch grundsätzliche Aspekte wie die weitere Bedeutung des Eigenanteiles“ zu erörtern sind. Das Beispiel Berlin zeigt, dass alleine die Anwendung der Entgeltfinanzierung noch nicht ohne weiteres Eigenleistungen der Träger ausschließt.

Darüber hinaus werden auch in anderen Ländern Modelle praktiziert, die bereits am Kind ansetzen, aber noch nicht als klassische Subjektfinanzierung bezeichnet werden können.



### III. Die Entgeltfinanzierung als systemgerechtes Finanzierungsmodell

#### 1. Fachpolitische Erwägungen

Vor dem Hintergrund der genannten Probleme, die im Wesentlichen auf unklaren und vermischten Finanzierungsstrukturen in den Ländern beruhen, ist ein neues Finanzierungskonzept zu entwickeln, das sowohl Strukturprinzipien des SGB VIII Rechnung trägt und vor allem der fachpolitischen Zielsetzung der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen (§ 22 Abs. 2 SGB VIII) am besten Rechnung trägt

##### a) Am Kind anknüpfen

Die Finanzierung der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen muss am einzelnen Kind als Adressat des Rechtsanspruchs anknüpfen. Wenn z.B. Kinder aufgrund pädagogischer Überlegungen der Eltern, aus Gründen der Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Erziehungstätigkeit o.ä., nicht in der Wohnsitzgemeinde eine Kindertageseinrichtung besuchen wollen (oder können), sondern eine Tageseinrichtung in einer anderen Gemeinde (gegebenenfalls auch über die Landesgrenzen hinweg), besuchen, so darf dies auf die Finanzierung grundsätzlich keine Auswirkungen haben.

Ziel einer Neustrukturierung sollte ein auf **Entgeltpauschalen basierendes Finanzierungssystem** sein, in dem keine Bevorzugung bestimmter Träger auf der Basis von Finanzierungsbesonderheiten (z.B. unterschiedlich hoher Eigenanteile bei der Zuwendungsfinanzierung) stattfindet.

##### b) Qualität und Qualitätsentwicklung als Gegenstände der Vereinbarung

Qualität und Qualitätsentwicklung in der Kindertagesbetreuung sind zentrale Themen der fachpolitischen Diskussion. Im SGB VIII werden diese Aspekte bereits in §22 a SGB VIII aufgegriffen, finden aber keine zwingende Berücksichtigung in den unterschiedlichen Finanzierungsmodellen. Zwar setzt eine Förderungsfinanzierung nach § 74 SGB VIII seit der Änderung der Vorschrift durch das Bundeskinderschutzgesetz zum 1.1.2012 (auch) voraus, dass der jeweilige Träger die Beachtung der Grundsätze und Maßstäbe der Qualitätsentwicklung und Qualitätssicherung nach § 79 a SGB VIII gewährleistet. Durch den Erlaubnisvorbehalt des § 74 a sind die Länder aber an diese konkrete Vorgabe nicht gebunden. Insoweit ist das bundesrechtliche Modell der Entgeltfinanzierung §§ 78a ff wegweisend, da der Qualitätsaspekt dort sowohl Thema der Leistungs- als auch der Qualitätsentwicklungsvereinbarung ist (§ 78b Abs.1 Nr.1 bzw. Nr.3 SGB VIII).

Alternativ ist allerdings im Hinblick auf eine künftige Neuordnung der Finanzierung auch zu prüfen, ob entsprechende Vorgaben zur Qualität der Kindertagesbetreuung nicht bereits in landesrechtliche Regelungen einbezogen werden sollten und damit die Vereinbarungen entlasten.

## 2 Leistungsabwicklung und Finanzierung von Rechtsansprüchen

### a) Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis

Ausgangspunkt für die rechtliche Gestaltung eines Finanzierungsmodells ist die Ausgestaltung der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen als Rechtsanspruch (ab dem vollendeten ersten Lebensjahr) bzw. als objektiv-rechtliche Verpflichtung (Kinder, die das erste Lebensjahr noch nicht vollendet haben).

Sofern es um die Finanzierung von Rechtsansprüchen oder objektiv-rechtlichen Verpflichtungen geht und die Leistung nicht unmittelbar selbst durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe erbracht wird, sondern durch Dritte (sog. Leistungserbringer), erfolgt die Abwicklung der Finanzierung auf der Grundlage des **jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses** (siehe dazu Wiesner SGB VIII, vor § 78 Rn.13; Münder in FK-SGB VIII, vor § 69 Rn 5 ff.).

Für die in **§ 78a Abs. 1 SGB VIII genannten Leistungen** ist dies dort verbindlich vorgeschrieben. Bei anderen Leistungen, auf die Rechtsansprüche bestehen und die in § 78a Abs. 1 SGB VIII nicht benannt sind, ist die Finanzierung auf der Rechtsgrundlage des jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnisses **ganz herrschende** Meinung in der Rechtsprechung und der Fachliteratur ( BVerwG 14.11.2002 – 5 C 57.01 – ZfJ 2003, 338 ff; VG Münster 22.6.2004 – 5 L 756/04 – RsDE 57 (2005), 75 ff; OVG NW 30.3.2005 – 12 B 2444/04 – ZfJ 2005, 485; Banafsche ZKJ 2010, 227 ff; Münder JAmt 2011, 69 ff.; Münder/Trenczek 2015, 318 ff..).

### b) Finanzierung im sozialrechtlichen Dreieck

Im sozialrechtlichen (jugendhilferechtlichen) Dreiecksverhältnis sind die Kosten für die erbrachte Leistung vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe zu übernehmen bzw. zu erstatten. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe ist gegenüber der leistungsberechtigten Person zur Übernahme des Entgelts verpflichtet, weil er hiermit seiner öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Erfüllung des Sozialleistungsanspruchs nachkommt. Den Grund für die Erstattung der Kosten der erbrachten Leistung bildet das Sozialrechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und der leistungsberechtigten Person, also die Übernahme eines Entgelts für eine zu Erfüllung eines Rechtsanspruchs bzw. einer objektivrechtlichen Verpflichtung tatsächlich erbrachte Dienstleistung, nicht die Förderung der Einrichtung eines Trägers der freien Jugendhilfe – unabhängig von der tatsächlichen Nutzung.

Während Leistungsentgelte typischerweise die Kosten einer bereits erbrachten Leistung erstatten, sie also nicht final, sondern kausal determiniert sind, sind Subventionen final ausgerichtet, das heißt der Empfänger soll zu einem bestimmten, im öffentlichen Interesse liegenden zukünftigen Verhalten bewegt werden. Sie setzen zudem grundsätzlich voraus, dass der Empfänger an der Verwirklichung des öffentlichen Zweck sein Eigeninteresse hat, das sich in Eigenleistungen dokumentiert: Deshalb ist die typische Finanzierungsart die Teilfinanzierung (Neumann RsDE 31,42, 47).

Dagegen gelten Leistungsentgelte die Kosten der Erbringung von Leistungen ab, auf die die leistungsberechtigte Person entweder einen Rechtsanspruch hat oder über deren Gewährung nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden ist. Deshalb decken Leistungsentgelte typischerweise die Selbstkosten einer wirtschaftlichen Leistungserbringung in voller Höhe ab, gleichgültig, ob der

Gesetzgeber für den fraglichen Leistungsbereich des Kostendeckungsprinzip festgeschrieben hat oder nicht (Neumann RsDE 31,41, 48).

Der entscheidende Grund („Dreh und Angelpunkt“) für alle Leistungsbeziehungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis ist der **Status des Bürgers als Rechtssubjekt** (hier das Kind), dem das Gesetz subjektive Rechte zuerkennt (Münder in FK-SGB VIII vor § 69 Rn. 7). Rechtsansprüche richten sich allein und ausschließlich an den Träger der öffentlichen Jugendhilfe (§ 3 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII). Die Leistungsverpflichtung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe impliziert, dass er – unabhängig von dem leistungserbringenden Träger – die Kosten für die Erfüllung des Rechtsanspruchs trägt. Weder im SGB VIII noch in den allgemeinen Vorschriften des Sozialrechts finden sich Anhaltspunkte dafür, dass von den Leistungserbringern erwartet werden kann, dass diese Eigenmittel einbringen.

Gleichzeitig ist der Träger der öffentlichen Jugendhilfe im Rahmen seiner **Gesamtverantwortung** (§ 79 SGB VIII) verpflichtet, ein plurales Angebot vorzuhalten, was die Bereitschaft freier Träger zum Tätigwerden in diesem Leistungsbereich voraussetzt. Auch insoweit erweist sich die Objektfinanzierung grundsätzlich als nicht zielführend. Sie lässt das **Wunsch und Wahlrecht** (§ 5 SGB VIII) leerlaufen, da nicht alle Anbieter in gleicher Weise gefördert werden können. Damit führt die Objektfinanzierung schließlich zu einem geschlossenen System, das auch die Grundrechte der Leistungsanbieter beeinträchtigt und mit der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG in Konflikt gerät.

Erfüllt also der Träger der freien Jugendhilfe einen Leistungsanspruch, der sich gegen den Träger der öffentlichen Jugendhilfe richtet, so trifft den Träger der öffentlichen Jugendhilfe eine **Refinanzierungspflicht**: „Vom Träger der freien Jugendhilfe kann nicht verlangt werden, Eigenmittel dafür einzusetzen, dass ein sozialrechtlich anerkannter Bedarf von ihm im Rahmen der Ausübung des Wunsch- und Wahlrechts durch die Leistungsberechtigte Person gedeckt wird (Rüfner, Jugendwohl 1990 S. 377 mit weiteren Nachweisen).

In der Literatur wird hinsichtlich der Anwendbarkeit des jugendhilferechtlichen Dreiecks danach differenziert, ob die Leistung **mit oder ohne Einzelfallentscheidung des Jugendamtes** erbracht wird. So sei bei einem niederschweligen Leistungsangebot mit direkter Inanspruchnahme das jugendhilferechtliche Dreieck nicht anwendbar. Auch wenn die Leistung im SGB VIII mit einem Rechtsanspruch hinterlegt sei, liege in diesem Fall lediglich ein unvollständiges Dreieck vor. Die Finanzierung könne dann nicht über das jugendhilferechtliche Dreiecksverhältnis stattfinden, sondern es seien zweiseitige Finanzierungsformen anzuwenden (Meysen u.a 2014 S. 31 ff).

Ob eine Selbstbeschaffung der als Förderung in Tageseinrichtungen titulierten Leistung durch die leistungsberechtigte Person, also durch das Kind – vertreten durch seine Eltern –, wie sie in der Praxis in vielen Bundesländern durch eine unmittelbare „Anmeldung“ bei einem Leistungserbringer ohne vorangehende Feststellung des individuellen Bedarfs durch den zuständigen Träger der öffentlichen Jugendhilfe erfolgt, rechtlich zulässig ist, ist strittig (Fischer JAmt 2002, 492; DIJuF ZfJ 2003, 61; Grube in Hauck/ Noftz § 24 Rn. 22 ff; FK-SGB VIII/Lakies § 24 Rn. 30). Das SGB VIII trifft eine ausdrückliche Regelung hinsichtlich der Zulässigkeit der Selbstbeschaffung nur für die individuellen Hilfen nach den §§ 27 ff. in § 36a. Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht die dortigen Vorgaben für die Zulässigkeit der Selbstbeschaffung bei sog. Systemversagen (sog. Sekundäranspruch § 36a Abs.3 SGB VIII) als Ausprägung eines allgemeinen Haftungsinstituts auch auf die Kindertagesbetreuung analog angewendet (BVerwG Jugendamt 2014,41). Ein grundsätzliches

Verbot der Selbstbeschaffung zur Erfüllung des Primäranspruchs wird man wegen des auf die Hilfe zur Erziehung bezogenen Regel-Ausnahme-Verhältnisses in § 36 a Abs.1 und 2 SGB VIII aus dieser Rechtsprechung nicht ableiten können.

Allerdings machen immer mehr Länder die Inanspruchnahme der Leistung zur Kindertagesbetreuung von einer **vorausgehenden Voranmeldung** abhängig (§ 24 Abs.5 Satz 2 SGB VIII). Die Gewährung einer kombinierten Sach- und Dienstleistung setzt nicht nur die Bereitstellung finanzieller Mittel, sondern auch den Einsatz von Personal in Einrichtungen und Diensten voraus, die geplant und bereitgestellt werden müssen. Schließlich kann eine frühzeitige Kenntnis über die Nachfrage genutzt werden, um Eltern mehrere Betreuungsalternativen aufzuzeigen.

Denn der Träger der öffentlichen Jugendhilfe kann seinen aus dem Rechtsanspruch auf (früh-) kindliche Förderung erwachsenden Pflichten nur nachkommen und ein bedarfsgerechtes Angebot vorhalten, wenn ihm die Nutzungsabsichten bzw. die faktische Nutzung tatsächlich bekannt sind. Schließlich haben – nicht zuletzt aufgrund landesgesetzlich verbindlich festgelegter Gruppengrößen und Personalschlüssel – Gruppen nur begrenzte Aufnahmekapazitäten; die Vermittlung geeigneter Tagespflegepersonen nimmt ebenfalls eine gewisse Zeit in Anspruch. Deshalb erfolgt jedenfalls in den Ländern, die die Leistung zur Kindertagesbetreuung von einer vorausgehenden Voranmeldung abhängig machen, eine Leistungsabwicklung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis.

### **c) Exkurs: Die Rechtslage im Bereich der Heimerziehung**

Im Leistungsbereich der Heimerziehung verpflichtete bereits § 84 JWG dazu, Vereinbarungen über die von den öffentlichen Kostenträgern zu erstattenden Kosten anzustreben, wenn zur Durchführung von Hilfen zur Erziehung Einrichtungen von Trägern der freien Jugendhilfe in Anspruch genommen werden. In den Vereinbarungen wurden den Pflegesätzen grundsätzlich die nachweisbaren notwendigen Selbstkosten zu Grunde gelegt (Münder in Frankfurter Kommentar zum JWG § 84 Nr.3). Zwar enthielt die Vorschrift auch einen Landesrechtsvorbehalt, also die Möglichkeit für die Länder, dazu Bestimmungen zu treffen. Da § 84 JWG aber auf die "Durchführung von Hilfen zur Erziehung" Bezug nahm, dieser Begriff aber – trotz seiner universellen Bedeutung im Jugendwohlfahrtsgesetz – zunehmend auf Einzelfallhilfen und nicht auf die in einzelnen Ländern dem Bildungsbereich zugewiesene Förderung im Kindergarten bezogen wurde, erlangten die Vorgaben in § 84 JWG für den Bereich der Kindertagesbetreuung keine praktische Bedeutung.

Damit sahen sich die einzelnen Länder nicht den bundesrechtlichen Vorgaben verpflichtet und entwickelten für den Bereich der Kindertagesbetreuung individuelle Finanzierungsregelungen – mit mehr oder weniger größeren Abweichungen von den bundesrechtlichen Vorgaben zur Förderungsfinanzierung.

Im Rahmen der Neuordnung des Kinder und Jugendhilferechts im 1.1.1991 ist der Anwendungsbereich koordinationsrechtlicher Vereinbarungen gegenüber § 84 JWG erheblich ausgeweitet worden. So werden von Wortlaut des § 77 SGB VIII nicht nur Einrichtungen, sondern auch Dienste erfasst. Vor allem aber wird kein Bezug mehr auf den Leistungsbereich der Hilfen zur Erziehung genommen, so dass damit sämtliche Leistungsgruppen des SGB VIII in Betracht kommen.

### 3. Konsequenzen aus der Ausgestaltung der Kindertagesbetreuung als Rechtsanspruch

Bis zum 31.12.1995 enthielt das SGB VIII im Hinblick auf die Kindertagesbetreuung nur die Pflicht der Länder, für einen bedarfsgerechten Ausbau Sorge zu tragen (so genannter „Verwirklichungsvorbehalt“ – § 23 Satz 2 SGB VIII). Im Rahmen des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes vom 27. Juli 1992 wurde der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz eingeführt, der zum 1.1.1996 in Kraft getreten ist und – nach dem Auslaufen einer Übergangsregelung zum 1. 1.1999 – in mehreren Schritten ausgeweitet worden ist. Seit dem 1. August 2013 steht jedem Kind, das das erste Lebensjahr vollendet hat, der Rechtsanspruch auf frühkindliche Förderung zu (§ 24 Abs. 2 SGB VIII).

Der Rechtsanspruch richtet sich auf die Förderung des Kindes in Tageseinrichtungen des Kindes in einer Tageseinrichtung oder in Kindertagespflege. Auch wenn es dabei nicht um eine individuelle Hilfe geht, so richtet sich der Anspruch nicht nur auf die Verschaffung eines Platzes, sondern auf die Gewährung einer Sachleistung, die auch die Übernahme der mit der Förderung des Kindes verbundenen Kosten (abzüglich eines Kostenbeitrags) einschließt. Im Falle eines Systemversagens hat das Kind Anspruch auf Ersatz der durch die Selbstbeschaffung der Betreuungsmöglichkeit entstandenen Kosten (§ 36 Art Abs. 3 SGB VIII; BVerwG v. 12.9.2013 – BVerwG 5 C 35.12). Deshalb ist die Auffassung des VG Hamburg v. 3.4.2001 (ZfJ 2001, 395), der Rechtsanspruch (Primäranspruch) auf den Besuch eines Kindergartens bedeute nicht, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe verpflichtet wäre, über die bloße Verschaffung eines Platzes hinaus auch die Kosten des Kindergartenbesuches zu tragen, nicht mehr haltbar. Ein solches Ergebnis lässt sich auch nicht aus der Unterscheidung von Angeboten (§ 2 Abs. 2 Nummer 3 SGB VIII im Hinblick auf die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen) und von Hilfen (§ 2 Abs. 2 Nummer 4 SGB VIII in Bezug auf Hilfen zur Erziehung) herleiten (so aber VG Hamburg a.a.O.). Die Unterscheidung zwischen einer „Regelleistung“ und einer „individuellen Hilfe“ ist daher kein sachlicher Differenzierungsgrund im Hinblick auf den Inhalt des Rechtsanspruchs.

**Die materiell-rechtliche Struktur der Leistungsverpflichtung hat auch Auswirkungen auf den Finanzierungsmodus.** Im Hinblick auf die Einführung des Rechtsanspruchs auf einen Kindergartenplatz haben mehrere Autoren in jeweiligen Rechtsgutachten (Rüfner 1996; Neumann/Mönch-Kalina 1997) keine Rechtfertigung mehr darin gesehen, dem freien Träger einen Kostenanteil aufzubürden. Aufgrund des Rechtsanspruchs sei danach nicht die Subventionierung nach § 74 SGB VIII, sondern die Erstattung der Kosten des freien Trägers im Wege einer **Vereinbarung nach § 77 SGB VIII** die systemgerechte Finanzierungsform. Weitergehend hielt Münder die Vertragsfinanzierung nach § 77 SGB VIII – zum damaligen Zeitpunkt, nämlich vor dem Inkrafttreten der §§ 78 a ff SGB VIII für einzig zulässig (Münder 1997 S. 25). Zudem haben Redeker und Münder aus dem leistungsrechtlichen Dreiecksverhältnis der Beziehungen zwischen dem anspruchsberechtigten Kind, dem Jugendamt und dem freien Träger einen Rechtsanspruch auf Finanzierung abgeleitet, wenn sich das Kind, vertreten durch seine Eltern, den Kindergartenplatz bei einem freien Träger selbst beschafft und den dadurch entstandenen Erstattungsanspruch an den freien Träger abtritt (Münder a.a.O. S. 33, Redeker 1995, S. 28 ff.).

Bis heute folgen nur wenige Landesgesetze dieser herrschenden Meinung der Rechtsexperten. Die meisten setzen in jeweils unterschiedlicher Höhe Eigenleistungen der Träger der freien Jugendhilfe voraus. Auch wenn das SGB VIII die Zuwendungsfinanzierung (nach § 74 SGB VIII)

und die Subjekt-oder Entgeltfinanzierung (nach § 77 SGB VIII und in der Spezifizierung nach § 78 a SGB VIII) grundsätzlich gleichrangig nebeneinander stellt (Stähr ZfJ 1998, 24, 27), so gewährleistet doch allein die Form der Entgeltfinanzierung eine auf die zu erbringende Leistung im Einzelfall ausgerichtete Kostenerstattung, sichert die Geltendmachung des Wunsch und Wahlrechts und die Erbringung einer am jeweiligen Bedarf orientierten Leistungen. Denn der Einsatz von Eigenmitteln unter Vorbehalt verfügbarer Haushaltsmittel als Vorgaben in § 74 SGB VIII verträgt sich keineswegs mit der Wirkungsweise von Sozialleistungsansprüchen, die immer zu erfüllen sind und die nicht durch private mit zu finanzieren sind (Neumann/Mönch-Kalina a. a. O. S. 88).

## IV § 74a SGB VIII als Freibrief für die Länder?

### 1. Bedeutung der Vorschrift

Nach § 74 a Satz 1 SGB VIII, der im Rahmen des Tagesbetreuungsausbaugesetzes am 1. Januar 2005 in Kraft getreten ist, regelt das Landesrecht die Finanzierung von Tageseinrichtungen. Der Bund wollte damit den Ländern zu ermöglichen, die Finanzierung von Tageseinrichtungen in eigener Verantwortung zu regeln und damit auch von den bundesrechtlichen Vorgaben für die Objektfinanzierung abzuweichen.

Die unmittelbaren Auswirkungen dieser Gesetzesänderung sind landesspezifisch unterschiedlich: hat der Landesgesetzgeber eine eigenständige und umfassende Finanzierungsregelung getroffen, so kommt daneben eine unmittelbare Anwendung des der in § 74 SGB VIII bundesrechtlich normierten Grundsätze für die Förderung der Träger der freien Jugendhilfe nicht in Betracht (Bundesverwaltungsgerichts vom 21.1.2010 – 5CN1. 09).

### 2. Die fortbestehende Bindung an die Strukturprinzipien des SGB VIII

Die bundesrechtliche Freigabe der Finanzierung bedeutet jedoch nicht, dass der Landesgesetzgeber bei der Ausgestaltung der Finanzierung von Kindertageseinrichtungen völlig frei wäre. Vielmehr ist – wie das Bundesverwaltungsgericht entschieden hat (BVerwG v. 21.01.2010 – 5 CN 1.09) – der Gestaltungsspielraum, der dem Landesgesetzgeber zuzubilligen ist, durch die **materiellen Grundentscheidungen des Jugendhilferechts für ein möglichst plurales, bedarfsorientiertes Angebot begrenzt**. So bleibt die Finanzierung von Tageseinrichtungen bezogen auf ein Angebot von Jugendhilfe im Sinn des SGB VIII, das die Pluralität der Jugendhilfe, d.h. die Pluralität der Träger und die Pluralität der Inhalte, Methoden und Arbeitsformen ermöglichen, unterstützen und effektiv gewährleisten muss (§ 3 Abs. 1). Das **Pluralitätsgebot** beschränkt daher den Landesgesetzgeber in seiner Gestaltungsfreiheit und der Ausgestaltung der Unterscheidungskriterien für eine Differenzierung bei der Förderung. Dies gilt auch, soweit der Bundesgesetzgeber das Pluralitätsgebot weiter ausgeformt hat, etwa durch

- das Rechts der leistungsberechtigten Personen, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung zu äußern (**Wunsch und Wahlrecht** – § 5 Abs. 1 Satz 1),
- das Gebot, die zur Erfüllung der Aufgaben nach dem SGB VIII erforderlichen und geeigneten Einrichtungen, Dienste und Veranstaltungen den verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung entsprechend rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung zu stellen (**Gesamtverantwortung Gewährleistungspflicht** – § 79 Abs. 2) sowie



- die Vorgaben, den Bedarf unter Berücksichtigung der Wünsche, Bedürfnisse und Interessen der jungen Menschen und der Personensorgeberechtigten für einen mittelfristigen Zeitraum zu ermitteln und die zur Befriedigung des Bedarfs notwendigen Vorhaben rechtzeitig und ausreichend so zu planen, dass ein möglichst wirksames, vielfältiges und aufeinander abgestimmtes Angebot von Jugendhilfeleistungen gewährleistet ist (**Jugendhilfeplanung** – § 80 Abs. 1 Nummer 2 und 3, Abs. 2 Nummer 2 SGB VIII).

Schließlich ist – so das Bundesverwaltungsgericht – bei Kindertageseinrichtungen das Gebot zu beachten, bei der Ausgestaltung der Leistungen und der Erfüllung der Aufgaben die von den Personensorgeberechtigten bestimmte **Grundrichtung der Erziehung** zu beachten (§ 9 Nummer 1 SGB VIII, Art. 6 Abs. 2 GG).

### **Zwischenfazit**

Bezogen auf das Finanzierungsmodell der Subventionsfinanzierung zur Erfüllung anspruchsgestützter Sozialleistungen bedeutet die vom Bundesverwaltungsgericht betonte Bindung der Länder an die Strukturprinzipien des SGB VIII:

Eine mit Eigenanteilen verbundene Förderfinanzierung bei der Erbringung rechtsanspruchsgestützter Leistungen führt zu einer Angebotsteuerung, die fachlich geeignete Leistungsanbieter ausgrenzt und damit das Wunsch und Wahlrecht der leistungsberechtigten Personen aushöhlt. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe kann auf diese Weise seiner Gesamtverantwortung für ein plurales, den verschiedenen Grundrichtungen der Erziehung entsprechendes Leistungsangebot nicht gerecht werden

Trotz der „Öffnungsklausel“ des § 74 a SGB VIII ist ein auf Eigenanteilen freier Träger basierender Finanzierungsmodus mit den bundesrechtlichen Grundsätzen über die Finanzierung anspruchsgestützter Sozialleistungen nicht vereinbar.

## V. Rechtliche Lösungsmöglichkeiten

### 1. Änderung der Rechtsgrundlagen im Bundesrecht (SGB VIII)

#### a) Regelungsalternativen und maßgebliche Aspekte

Zur Beseitigung der aktuellen Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Reichweite von § 74 a SGB VIII, aber vor allem für die Leistungsabwicklung im Bereich der Kindertagesbetreuung erscheint eine bundesrechtliche Regelung zur Anwendung der Entgeltfinanzierung im Bereich der Kindertagesbetreuung notwendig.

Das könnte in der Weise geschehen, dass bundesgesetzlich die „freie Fahrt der Länder“ über § 74 a SGB VIII beendet wird und die Finanzierung der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen

- ausdrücklich auf der Grundlage von § 77 SGB VIII erfolgt
- in den Anwendungsbereich der §§ 78 a ff einbezogen wird oder
- eine bereichsspezifische Finanzierungsregelung getroffen wird.

Bei der Entscheidung über die Frage nach der Auswahl der Regelungsalternative für die Finanzierung der Kindertagesbetreuung (Einbeziehung in den Anwendungsbereich vom § 77 oder §§ 78a ff. bzw. eigenständige Regelung) sind die **Erfahrungen aus der Praxis mit der Anwendung der §§ 77, 78a ff** nutzbar zu machen. Anders als bei den Hilfen zur Erziehung ist die Verantwortung für den Leistungsbereich der Kindertageseinrichtungen in den Ländern häufig vom Kreis auf die **Gemeinden** delegiert worden. Die Aushandlungsprozesse verursachen einen enormen Verwaltungs- und zeitlichen Aufwand, der insbesondere die Gemeinden und kleinen Städte belastet. Deshalb muss bei einer bundesgesetzlichen Regelung die Rolle der Gemeinden und der Landkreise in den Blick genommen werden. Gleichzeitig ist im Blick zu behalten, dass es im Unterschied zu den Leistungen die (bisher) über die Entgeltfinanzierung abgewickelt werden, bei der Kindertagesbetreuung um **Regelleistungen** geht, die nicht nach Maßgabe des Hilfeplans auf den individuellen erzieherischen Bedarf zugeschnitten und gegebenenfalls (immer wieder) einem sich ändernden Bedarf angepasst werden müssen. Andererseits muss auch Raum für Zusatzleistungen bleiben. Zudem ist die „**Prospektivität**“ für (kleine) Träger und Gemeinden/Verwaltungsgemeinschaften nur schwer kalkulierbar. Schließlich funktioniert auch das Konzept der **Rahmenvereinbarungen** in einer nicht in der vom Gesetzgeber vorgesehenen Weise, so dass die damit verbundene Entlastungswirkung häufig ausbleibt.

#### Asymmetrische Belegung

Im Unterschied zu den Hilfen zur Erziehung, bei denen zu und Abgänge während des Jahres individuell erfolgen, stehen im Bereich der Kindertagesbetreuung individuelle Zugänge jahrgangsbezogenen Abgängen gegenüber. Während die Abgänge mit dem Erreichen der Schulreife unverändert geblieben sind, hat sich das Spektrum individueller Zugänge zunehmend bis auf Kinder im Alter von unter einem Jahr erweitert. Auf der einen Seite muss jedem Kind spätestens ab dem vollendeten 1. Lebensjahr ein Platz zur Verfügung gestellt werden, egal wann im Jahresver-

lauf das Kind Geburtstag hat. Auf der anderen Seite muss sich die Einrichtung jedoch auch auf die Logik des Schulsystems einstellen, weshalb regelmäßig exakt zum Beginn des Schuljahres fast ein kompletter Altersjahrgang das System der Kindertagesbetreuung verlässt. Die Träger der Kitas (und der Kindertagespflege) stehen damit vor einem Dilemma: Einerseits müssen sie sich nach der schulischen Aufnahmepraxis richten, die dazu führt, dass Kinder in aller Regel nur zu einem einzigen Zeitpunkt – mit dem Übergang in die Schule – die Kita verlassen. Das Interesse der Träger besteht nun darin, die Plätze unter kalkulatorischen Gesichtspunkten schnellstmöglich neu zu belegen, um die anfallenden Kosten decken zu können. Andererseits müssen die öffentlichen Träger aber auch den Rechtsanspruch einlösen und ganzjährig für alle Kinder ab dem vollendeten 1. Lebensjahr ein Angebot in der Kindertagesbetreuung bereitstellen, da das Gesetz keine Regeln zur Aufnahme vorgibt wie etwa Einschulungszeitpunkte.

In einzelnen Ländern wird deshalb versucht, Eltern zu bewegen, Kinder zu Beginn des Kitajahres anzumelden (siehe dazu Komdat 2015 Heft 1 S.12,15). Eine solche Praxis ist aber mit der Entscheidung des Gesetzgebers, den Eltern als Vertretern des Kindes die Wahlfreiheit hinsichtlich des Einstiegszeitpunktes zu gewähren, nicht vereinbar.

Der Zeitpunkt der Aufnahme in die Kindertagesbetreuung könnte auch durch die unterschiedliche Finanzierung der Angebote entweder über die vorgehaltenen Plätze oder über die tatsächliche Anzahl der Kinder in den Einrichtungen beeinflusst werden. So wäre es bspw. möglich, dass eine relativ konstante Verteilung der Aufnahmen über das Jahr hinweg besonders dann stattfindet, wenn das Vorhalten von Betreuungsplätzen finanziert wird und nicht nur Mittel für die tatsächlich belegten Plätze ausgegeben werden (Komdat 2015 Heft 1 S.12,15). Bei der Anwendung der Entgeltfinanzierung auf die Leistungsabwicklung bei der Kindertagesbetreuung müsste dieser Aspekt bei der Auslastungsquote bzw. beim Personalschlüssel entsprechend berücksichtigt werden.

Insgesamt stellt sich damit die Frage, ob die für individuelle Hilfen konzipierte Form der Entgeltfinanzierung nach Maßgabe der §§78a ff. für Regelangebote sinnvoll ist oder ob hierfür das „schlankere Modell“ des § 77 SGB VIII besser geeignet ist. Nähere Konkretisierungen über den Leistungsinhalt und die Qualität der Leistung könnten dann in landesgesetzlichen Regelungen (förmliches Gesetz oder Rechtsverordnung) erfolgen. Denkbar wären schließlich auch bereichsspezifische Regelungen für die (Entgelt)Finanzierung der Kindertagesbetreuung im SGB VIII.

## **b) Gesetzgebungskompetenz des Bundes**

Dabei ist vorab zu klären, ob eine solche Regelung auch vom Bund getroffen werden kann, also **verfassungsrechtlich zulässig ist**. Voraussetzung dafür ist, dass er zu diesem Zweck von seiner konkurrierenden Kompetenz zur Gesetzgebung (Art. 74 Abs.1 Nr.7 GG) Gebrauch machen kann.

Während die Zuordnung der Kindertagesbetreuung zum Kompetenztitel der öffentlichen Fürsorge (Art. 74 Abs.1 Nr.7 GG) inzwischen unproblematisch ist (Jestaedt in Münder/Wiesner/Meysen: Kinder- und Jugendhilferecht, Handbuch, 2. Aufl., Baden-Baden 2011, 122), bedarf es im Hinblick auf die sog. Erforderlichkeitsklausel (Art. 72 Abs. 2 GG), an der gerade das Betreuungsgeld gescheitert ist, einer sorgfältigen Prüfung. Dabei ist auch die Reichweite der Übergangsregelung in Art. 125 a Abs.2 GG auszuloten.

Das SGB VIII ist im Jahre 1990 verabschiedet worden – zu einer Zeit, als Art. 72 Abs. 2 GG noch als sog. Bedürfnisklausel ausgestaltet war, die den Gesetzgeber eine praktisch injustiziable Einschätzungsprärogative hinsichtlich des Regelungsbedürfnisses eröffnete (Jestaedt in MÜnder/Wiesner/Meysen Kapitel 1.5.5 Rn. 42). Mit der Auswechslung der Bedürfnisklausel durch die strenge Erforderlichkeitsklausel zum 15. November 1994 ist in das Grundgesetz eine Übergangsbestimmung aufgenommen worden (Art. 125 a Abs. 2 Satz eins GG). Sie statuiert dass unter der Geltung der Bedürfnisklausel erlassenes Bundesrecht, welches infolge des nunmehr strengeren Ausübungsmaßstabs nicht mehr erlassen werden dürfte, fortgilt. Aus dieser Fortgeltensbestimmung leitet das Bundesverfassungsgericht die Befugnis des Gesetzgebers ab, das fortgeltende Recht ohne Beachtung der strengen Erforderlichkeitsvoraussetzungen gemäß Art. 72 Abs. 2 GG zu ändern, soweit er nicht eine „**grundlegende Neukonzeption**“ vornimmt (Jestaedt in MÜnder/Wiesner/Meysen Kapitel 1.5.5 Rn. 43 unter Verweis auf BVerfG vom 9.6.2004 – 1 BvR 636/02).

Mit einer gesetzlichen Regelung, die für die Finanzierung der Kindertagesbetreuung die Form der Entgeltfinanzierung verbindlich macht, ist keine grundlegende Neukonzeption des SGB VIII verbunden. Vielmehr trägt der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass die Kindertagesbetreuung inzwischen als rechtsanspruchsgestützte Leistung geregelt ist und somit – wie etwa die Hilfe zur Erziehung in stationärer Form – auf dem Weg der Entgeltfinanzierung abzuwickeln ist. Damit passt der Gesetzgeber den Finanzierungsmodus der materiell rechtlich geänderten Leistungsverpflichtung an. Deshalb steht dem Bundesgesetzgeber die Kompetenz zu, die Finanzierung der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen zu regeln.

### c) Verwirklichungschancen

Die **Weiterentwicklung der Qualität der Kindertagesbetreuung** ist seit Jahren ein Thema der politischen Diskussion zwischen Bund und Ländern. Bereits in 2014 hatten die Bundesfamilienministerin und die Fachministerinnen und Fachminister der Länder sich auf einen Prozess zur Entwicklung gemeinsamer Qualitätsziele in der Kindertagesbetreuung geeinigt, der unter Einbeziehung der Kommunalen Spitzenverbände und im Dialog mit den Verbänden und Organisationen erfolgt. Es wurde eine Arbeitsgruppe aus Vertretern des Bundes, der Länder und der Kommunalen Spitzenverbände eingesetzt. Regelmäßig finden Konferenzen statt. Ende 2016 soll ein erster Zwischenbericht vorgelegt werden. Anlässlich der Bund-Länder-Konferenz „Frühe Bildung lohnt sich“ am 5. November 2015 haben Bund, Länder, Kommunen, Arbeitgeber und Gewerkschaften eine gemeinsame Erklärung zu Investitionen in frühe Bildung unterzeichnet. In der Kooperation von Politik und Wirtschaft soll die Qualität der Kindertagesbetreuung aktiv weiterentwickelt sowie durch eigene Maßnahmen befördert werden.

Die Qualitätsdebatte bietet deshalb eine gute Plattform, um Fragen zur Qualität der Kindertagesbetreuung mit dem Handlungsbedarf zur Entwicklung eines auf die Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität bezogenen Finanzierungsmodus zu verknüpfen.

Die für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zuständige Bundesministerin hat bei mehreren Anlässen eine „Reform der Kinder und Jugendhilfe“ und einen Referentenentwurf für den Frühsommer 2016 angekündigt. Er soll sich unter anderem mit der Gesamtzuständigkeit der Kinder und Jugendhilfe für alle Kinder und Jugendlichen – mit und ohne Behinderung befassen.

In diesem Reformvorhaben könnte auch eine bundesweite Neuregelung der Finanzierung der Kindertagesbetreuung platziert werden.

## **2. Änderung der landesrechtlichen Regelungen**

Auch wenn es in einzelnen Bundesländern Äußerungen auf politischer Ebene zur Neuordnung der Finanzierung in Kindertagesstätten gibt (siehe dazu die Pressemitteilung der Familienministerin in Nordrhein-Westfalen vom 7.12.2015 – <https://www.mfkjks.nrw/pressemitteilung/430-millionen-euro-mehr-fuer-die-kitas-ministerin-kampmann-wir-halten-wort-0>): Danach haben sich die Regierungskoalition und die Kommunalen Spitzenverbände verständigt, „unverzüglich Gespräche für ein grundlegendes neues Gesetz und dessen Finanzierungsstruktur aufzunehmen“), so ist doch kein bundesweiter Trend abzusehen. Vor dem Hintergrund der Herausforderung, zusätzliche Plätze für die Kinderbetreuung schaffen zu müssen, wird die Frage, auf Eigenanteile zu verzichten und damit die öffentlichen Haushalte weiter zu belasten, eher nachrangig behandelt werden.

## **3. Klage vor den Verwaltungsgerichten im Hinblick auf die Forderung von Eigenanteilen**

Denkbar erscheint eine Klage vor den Verwaltungsgerichten im Hinblick auf die Unvereinbarkeit des Einsatzes von Eigenanteilen bei anspruchsgestützten Leistungen mit den Strukturprinzipien des SGB VIII bzw. den Grundrechten der Leistungsanbieter (Art. 12 GG, Art. 3 GG). Dazu müssen die Erfolgsaussichten näher geprüft werden. Vorbehaltlich der Ergebnisse einer detaillierten Prüfung dürfte eine politische Lösung chancenreicher sein. Die Debatte auf der Bund-Länder-Ebene zur Weiterentwicklung der Qualität der Kindertagesbetreuung sowie der von der Bundesregierung für den Frühsommer 2016 angekündigte Referentenentwurf für eine Reform der Kinder- und Jugendhilfe bieten einen aktuellen Rahmen für die Bearbeitung dieses Themas.

## Literatur

Banafsche, Minou: Die Leistungsvergabe im Recht der Kinder- und Jugendhilfe in Form der Sozialraumvergabe, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2010, 227 ff

Betz, Tanja / Diller, Angelika / Rauschenbach, Thomas (Hg): Kita-Gutscheine- Ein Konzept zwischen Anspruch und Realisierung München 2010

Fischer, Lothar: Differenzierte Betrachtung der Selbstbeschaffung bei Leistungen der Tagesbetreuung (§§ 22-24 SGB VIII) und anderen Leistungen der Jugendhilfe?, Jugendamt 2002, 492

FK-JWG: Münder, Johannes (Hrsg.) Frankfurter Kommentar zum JWG, 4. Auflage 1988

FK-SGB VIII: Münder, Johannes / Meysen, Thomas / Trenczek, Thomas (Hrsg.), Frankfurter Kommentar SGB VIII Kinder und Jugendhilfe, 7 Auflage 2013

Forkel, Hans-Walter: Kinder- und Jugendhilferecht: Zur Systematik der Förderung freier Träger der Jugendhilfe, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2010, 5

Forkel, Hans-Walter: Kinder- und Jugendhilferecht: Zur angemessenen Eigenleistung der Träger der freien Jugendhilfe im Sinn von § 74 Abs. 1 Nr. 4 SGB VIII, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2010, 308

Gemeinschaftskommentar SGB VIII: Fieseler, Gerhard / Schleicher, Hans / Busch, Manfred / Wabnitz, Reinhard (Hrsg.): Kinder- und Jugendhilferecht, Gemeinschaftskommentar zum SGB VIII, Neuwied

Gerlach, Florian/ Hinrichs, Knut: Der Anspruch auf Förderung in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege, Sozialrecht aktuell 2013, 234

Jans u.a.: Jans Karl-Wilhelm/ Happe Günter / Saubier, Helmut / Maas, Udo: Kinder- und Jugendhilferecht - Kommentar. Stand: Januar 2015,

Kreyenfeld, Michaela / Spieß, C. Katharina / Wagner, Gerd G.: Finanzierungs- und Organisationsmodelle institutioneller Kinderbetreuung Neuwied 2001

Meysen u.a 2014: Meysen, Thomas / Beckmann, Janna / Reiß Daniela / Schindler Gila, Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe Baden-Baden 2014

Münder, Johannes: Die Finanzierung der Kindergärten und Horte freier Träger, Bremen 1997

Münder, Johannes: Wieder einmal: Sozialraumorientierung auf dem rechtlichen Prüfstand, Jugendamt 2011, 69

Münder Johannes / Trenczek, Thomas: Kinder- und Jugendhilferecht 8.Aufl. 2015

Münder, Johannes / Wiesner, Reinhard / Meysen, Thomas: Kinder- und Jugendhilferecht, Handbuch, 2. Aufl., Baden-Baden 2011,

Neumann, Volker: Zum Dreiecksverhältnis im Jugendwohlfahrtsrecht, RsDE 2/ 1988 S. 45.

Neumann, Volker: Subventionen oder Leistungsentgelte? – Drei Anmerkungen zum Leistungserbringungsrecht des SGB VIII, RsDE 31/ 1996 S. 42

Neumann, Volker / Mönch-Kalina, Sabine: Jugendhilferechtliche Sozialleistungs- und Teilhabeansprüche im Kindergartenbereich, Stuttgart 1997

Redeker, Konrad / Reichert, Ronald: Die Finanzierung des Anspruchs auf einen Kindergartenplatz bei freien Trägern, Kirche und Recht 1996, 165

Rüfner, Wolfgang: Rechtsgutachten zur Kindergartenfinanzierung, Jugendwohl 1990 S. 377

Rüfner, Wolfgang: Finanzierung kirchlicher Kindergärten nach Einführung des Rechtsanspruchs auf einen Kindergartenplatz, Meckenheim 1996

Sieben, Peter: Die Finanzierung von Kindertageseinrichtungen – ein Dauerthema, Verwaltungsblatt des Landes Baden-Württemberg 2011,223

Stähr, Axel: führt der Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz zu einem Rechtsanspruch der Freien Träger aus Finanzierung?, Zentralblatt für Jugendrecht 1998,24

Wiesner, Reinhard (Hrsg.) SGB VIII – Kinder und Jugendhilfe, Kommentar, 5 Auflage 2015

Wiesner, Reinhard / Köbler, Melanie: Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zur Durchsetzung des Rechtsanspruchs auf einen Betreuungsplatz für unter 3-Jährige Zeitraum: 01.08.2013 – 31.12.2013, Expertise zum Bildungsbericht